



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA N. 136/19/CONS

CONFERMA DELLA PROCEDURA A TITOLO ONEROSO DI CUI ALLA DELIBERA N. 277/13/CONS PER L'ASSEGNAZIONE DELLE FREQUENZE DISPONIBILI IN BANDA TELEVISIVA PER SISTEMI DI RADIODIFFUSIONE DIGITALE TERRESTRE

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 18 aprile 2019;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”, come da ultimo modificata dalla delibera n. 95/19/CONS del 28 marzo 2019;

VISTE le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, nn. 2002/19/CE (“*direttiva accesso*”), 2002/20/CE (“*direttiva autorizzazioni*”), 2002/21/CE (“*direttiva quadro*”) e 2002/22/CE (“*direttiva servizio universale*”);

VISTA la direttiva della Commissione europea del 16 settembre 2002, n. 2002/77/CE (“*direttiva concorrenza*”);

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*” e, in particolare, gli articoli 13, commi 2 e 4, lettera d), 13bis, 14, 14bis, 14ter, 27 e 29, in materia di gestione dello spettro e di assegnazione dei diritti d’uso delle frequenze;

VISTA la sentenza n. 5929 del 16 ottobre 2018, con la quale il Consiglio di Stato ha disapplicato l’articolo 3-quinquies del decreto legge 2 marzo 2012, n. 16, (convertito con



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

modificazioni dalla legge 26 aprile 2012, n. 44; di seguito “la Legge”) per violazione dei principi eurounitari di autonomia e di indipendenza delle Autorità nazionali di regolamentazione;

VISTA la nota del Dipartimento Politiche Europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 20 febbraio 2019, con cui è stata comunicata alla Commissione europea la decisione dell’Autorità di eseguire la sentenza del Consiglio di Stato n. 5929 del 16 ottobre 2018 “*salvaguardando le misure già adottate al fine di risolvere la procedura di infrazione in atto, in conformità alle indicazioni fornite dalla stessa Commissione*”;

VISTO il parere motivato del 18 luglio 2007, reso dalla Commissione europea nell’ambito della procedura d’infrazione n. 2005/5086, avente ad oggetto l’incompatibilità di alcune disposizioni legislative nazionali in materia radiotelevisiva con le direttive nn. 2002/21/CE (“direttiva quadro”), 2002/20/CE (“direttiva autorizzazioni”) e 2002/77/CE (“direttiva concorrenza”);

VISTA la delibera n. 497/10/CONS del 22-23 settembre 2010, recante “*Procedure per l’assegnazione delle frequenze disponibili in banda televisiva per i sistemi di radiodiffusione digitale terrestre e misure atte a garantire condizioni di effettiva concorrenza*”;

VISTA la delibera n. 550/12/CONS del 14 novembre 2012, recante “*Consultazione pubblica sullo schema di provvedimento recante «Procedura per l’assegnazione delle frequenze disponibili in banda televisiva per sistemi di radiodiffusione digitale terrestre e misure atte a garantire condizioni di effettiva concorrenza e a tutela del pluralismo ai sensi dell’art. 3-quinquies del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 44 del 26 aprile 2012»*”;

VISTA la delibera n. 277/13/CONS dell’11 aprile 2013, recante “*Procedura per l’assegnazione delle frequenze disponibili in banda televisiva per sistemi di radiodiffusione digitale terrestre e misure atte a garantire condizioni di effettiva concorrenza e a tutela del pluralismo ai sensi dell’art. 3-quinquies del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 44 del 26 aprile 2012*”;

VISTI il Bando di gara e il relativo disciplinare, aventi ad oggetto l’assegnazione dei diritti d’uso di frequenze in banda televisiva per sistemi di radiodiffusione digitale terrestre di cui alla delibera n. 277/13/CONS, pubblicati sul sito *web* del Ministero dello sviluppo economico il 7 febbraio 2014;



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

VISTO il provvedimento del Ministero dello sviluppo economico del 31 luglio 2014, di aggiudicazione in favore di Cairo Network S.r.l. del lotto L3 (canali 25 e 59) e di assegnazione dei diritti d'uso delle relative frequenze;

VISTO il decreto del Ministro dello sviluppo economico del 5 ottobre 2018, con il quale è stato approvato il “*Piano nazionale di ripartizione delle frequenze*”;

TENUTO CONTO degli indirizzi di politica di gestione economica dello spettro, forniti dalla Legge al fine di assicurare l'uso efficiente e la valorizzazione della risorsa frequenziale;

RILEVATO E CONSIDERATO QUANTO SEGUE:

1. Con la sentenza n. 5929 del 16 ottobre 2018 il Consiglio di Stato ha accolto *in parte qua* i ricorsi in appello proposti da Persidera S.p.A. e da Europa Way S.r.l. (per la riforma delle sentenze del Tar del Lazio nn. 9981 e 9982 del 2015), per violazione dei principi eurounitari di autonomia e di indipendenza delle Autorità nazionali di regolamentazione di cui agli articoli 3, paragrafi 3 e 3-bis, e 8 della direttiva n. 2002/21/CE (“direttiva quadro”), dichiarando inammissibili e/o infondate tutte le altre domande, sia annullatorie che risarcitorie, proposte dalle citate società.
2. Da tanto il Giudice amministrativo ha fatto discendere l'obbligo di disapplicare la disposizione dell'articolo 3-*quinquies* della Legge e, per l'effetto, di annullare tutti i conseguenti atti adottati dall'Autorità in ragione e in conseguenza dell'illegittimo intervento del legislatore nella sostituzione della procedura a titolo gratuito con una procedura a titolo oneroso.
3. Il Consiglio di Stato non ha, invece, annullato né il Bando di gara (e il relativo disciplinare) del 7 febbraio 2014 sull'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze di cui alla delibera n. 277/13/CONS, né i successivi atti, compreso il provvedimento ministeriale di aggiudicazione in favore di Cairo Network S.r.l. del lotto L3 e di assegnazione dei diritti d'uso delle relative frequenze. Il Giudice amministrativo ha precisato che l'annullamento *in toto* di tutti gli atti della gara onerosa non consentirebbe all'Autorità di poter scegliere “*di concludere la gara gratuita, ex abrupto interrotta dall'intervento legislativo, o invece di far propri contenuti, criteri, condizioni ed esiti della gara onerosa poi svoltasi*” (§ 58.4): ciò in quanto la stessa - anche laddove si rideterminasse nel senso della maggiore convenienza,



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

per l'interesse pubblico, di una gara onerosa - non potrebbe, per le mutate condizioni storiche del mercato, bandirne una nuova, diversa da quella svolta e poi conclusasi, e dovrebbe in questo modo sconvolgere l'intero assetto del mercato audiovisivo.

4. Alla luce di tanto, il Consiglio di Stato ha disposto che spetterà all'Autorità *“stabilire se annullare in via autonoma gli atti del beauty contest o quelli della procedura onerosa, poi svoltasi, osservando i seguenti principi: a) l'Autorità, in seguito al disposto annullamento, valuterà in modo motivato se sia più rispondente all'interesse pubblico, di cui è titolare e garante, lo svolgimento della procedura gratuita o di quella onerosa e, quindi, se confermare gli atti del beauty contest, per effetto della loro reviviscenza conseguente alla presente pronuncia, oppure procedere in via autonoma al loro annullamento e alla conferma degli atti della successiva procedura onerosa, poi conclusasi; [...] laddove si determini [...] per la sostituzione della procedura onerosa con quella gratuita in sede di riesercizio del potere, l'Autorità [...] verificherà se la sostituzione della procedura gratuita con quella onerosa, in sé non vietata dal diritto europolitano, e il concreto svolgimento di questa siano state improntate a criteri di obiettività, trasparenza e non discriminazione che abbiano favorito, e non scoraggiato, l'ingresso di nuovi entranti o di piccoli operatori al mercato televisivo [...]”* (§ 61).
5. Il Giudice amministrativo ha precisato che, come chiarito dalla stessa Corte di Giustizia nella sentenza del 26 luglio 2017 (C-560/15), la sostituzione della procedura gratuita con quella onerosa non è in sé illegittima, ma deve essere effettuata autonomamente, senza indebite influenze, dall'Autorità nazionale di regolamentazione sulla base di proprie valutazioni tecniche; sicché dall'annullamento della delibera n. 277/13/CONS non discende per l'Autorità l'obbligo incondizionato di riattivare necessariamente la procedura gratuita, ma *“di riesaminare l'intero quadro regolatorio, ora per allora, e di valutare se sia o sarebbe stato possibile mantenere fermo lo svolgimento della procedura gratuita o più conveniente per l'interesse pubblico di cui l'AGCOM è titolare e custode, invece, sostituirla con la procedura onerosa, poi effettivamente svolta, e quindi confermare gli atti di gara e le conseguenti determinazioni che ne sono scaturite [...]”* (§ 42.2).
6. Con la sentenza n. 5929 del 16 ottobre 2018 il Consiglio di Stato ha dunque rimesso all'Autorità il potere di riesaminare *“ora per allora”* alla luce dell'intero quadro



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

regolatorio, nella pienezza e nell'indipendenza delle proprie funzioni, la maggiore rispondenza all'interesse pubblico della procedura gratuita di cui alla delibera n. 497/10/CONS ovvero della procedura onerosa di cui alla delibera n. 277/13/CONS.

7. Ciò detto, nell'attività di riesame demandata dal Consiglio di Stato, l'Autorità non può non tener conto degli indirizzi di politica di gestione dello spettro forniti dalla Legge la quale, al fine di assicurare l'uso efficiente e la valorizzazione economica della risorsa frequenziale, ha previsto lo svolgimento di una procedura a titolo oneroso: del resto, non di rado, quando la specifica procedura è di particolare interesse nazionale con ricadute in tema di politica industriale, il legislatore fornisce all'Autorità indicazioni sullo specifico obiettivo economico da perseguire nell'ambito della cessione dei diritti d'uso delle risorse frequenziali (si pensi, a titolo esemplificativo, al *refarming* della banda 800 MHz previsto dalla legge n. 220/2010 ovvero all'asta sui servizi 5G di cui alla legge n. 205/2017).
8. Alla luce di tale specifico obiettivo di finanza pubblica fissato dal legislatore nell'esercizio delle sue legittime prerogative, la procedura a titolo gratuito di cui alla delibera n. 497/10/CONS non può, nel caso di specie, essere confermata dall'Autorità; a tale convincimento si giunge anche in considerazione del fatto che la composizione dei lotti oggetto di tale procedura è stata sostanzialmente rimodulata dalla stessa Autorità con la delibera n. 277/13/CONS mediante lo stralcio e la conseguente riconfigurazione da 6 a 3 dei lotti messi a gara.
9. Quanto alla procedura a titolo oneroso di cui alla delibera n. 277/13/CONS, l'Autorità - all'esito di un rinnovato riesame delle pertinenti circostanze in fatto e in diritto, nonché di tutti i contributi acquisiti nel corso dell'ampia consultazione pubblica di cui alla delibera n. 550/12/CONS - conferma che la stessa è rispondente all'interesse pubblico di cui l'Autorità è custode e che, in particolare, è idonea a garantire il raggiungimento degli obiettivi pro-concorrenziali perseguiti dalle misure concordate con la Commissione europea per archiviare la procedura d'infrazione n. 2005/5086, tuttora pendente. L'Autorità, ritiene, pertanto, di confermare la sostituzione della procedura a titolo gratuito con quella a titolo oneroso.
10. All'esito dell'attività di ulteriore specifica verifica demandata dal Consiglio di Stato, l'Autorità constata, inoltre, che le condizioni stabilite dalla procedura a titolo oneroso di cui alla delibera n. 277/13/CONS sono state ampiamente idonee a



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

garantire una partecipazione dei concorrenti ispirata a principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità e, dunque, a consentire un effettivo ingresso di nuovi operatori sul mercato della televisione digitale, senza indebitamente avvantaggiare quelli già presenti sul mercato della televisione analogica o digitale.

11. All'esito del rinnovato esame e delle verifiche ad essa demandate dal Consiglio di Stato, l'Autorità conferma la procedura a titolo oneroso di cui alla delibera n. 277/13/CONS.

Tutto ciò premesso, rilevato e considerato;

UDITA la relazione del Presidente;

DELIBERA

Articolo unico

1. È confermata la procedura a titolo oneroso prevista dalla delibera n. 277/13/CONS.
2. La presente delibera è trasmessa al Ministero dello sviluppo economico, ai fini degli adempimenti di competenza, e alla Commissione europea.
3. La presente delibera è pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 18 aprile 2019

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Riccardo Capecchi